

**Journées
de la
Société de législation
comparée
Année 1984**

Ouvrage publié avec le concours du C.N.R.S.

TABLE DES MATIÈRES

2^{es} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-HELLÉNIQUES **(Nancy, 14-18 mai 1984)**

L'ILLICÉITÉ COMME ÉLÉMENT DE LA RESPONSABILITÉ

A. Aspects de droit constitutionnel

Jean BOULOUIS, L'illicéité comme élément de la responsabilité en droit constitutionnel français	13
Antonis MANITAKIS, L'illicéité comme élément de la responsabilité de l'État en droit hellénique	17

B. Aspects de droit administratif

Yves WEBER, Illicéité et responsabilité administrative en France	27
Wassilios SKOURIS, L'illégalité de l'action administrative comme fondement de la responsabilité de la puissance publique en Grèce	51

C. Aspects de droit civil

Marc PUECH, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle en France	65
Jean DELIYANNIS, L'illicéité comme élément de la responsabilité civile extracontractuelle en droit hellénique	77

D. Aspects de droit social

Jean KOUKIADIS, La responsabilité en droit du travail hellénique vue sous l'angle de l'illicéité	115
--	-----

E. Aspects de droit pénal

André VITU, De l'illicéité en droit criminel français	127
Constantin VOYOUCAS, L'illicéité pénale et les faits justificatifs de l'acte dans le droit pénal hellénique	149

4^{es} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-ALLEMANDES
(Lübeck, 13-17 juin 1984)

LE PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

A. Aspects de droit civil

Jean BEL, Le précédent judiciaire en droit privé français	171
Wolfgang FIKENTSCHER, État de la doctrine de la force obligatoire des précédents en droit privé allemand	189

B. Aspects de droit pénal

Claude ZAMBEAUX, Le précédent judiciaire en droit pénal français	223
Peter HUNERFELD, Le précédent judiciaire en droit pénal allemand	241

C. Aspects de droit public

Georges VEDEL, Le précédent judiciaire en droit public français	265
Peter BADURA, Le rôle de la jurisprudence en droit public allemand	289

8^{es} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-SOVIÉTIQUES
(Moscou, Riga, 18-26 juin 1984)

*A. Connaissance du droit ;
aspects juridico-sociologiques
et application du principe
« Ignorantia juris neminem excusat »*

Jean CARBONNIER, La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » en droit français	321
V. P. KAZIMIRTCHOUK et S.V. BOBOTOV, La connaissance du droit : les aspects juridiques et sociologiques du principe selon lequel « Nul n'est censé ignorer la loi » en droit soviétique	329

B. Droit comparé et droit international privé

Philippe MALAURIE, Droit comparé et droit international privé — France	341
M. M. BOGUSLAVSKIJ, La méthode comparative en droit international privé — U.R.S.S.	351

C. Responsabilité de l'administration

Roland DRAGO, La responsabilité de l'administration en France	363
B. M. LAZAREV, Les fondements de la responsabilité administrative en U.R.S.S.	375

6^{es} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-NORDIQUES
(Paris, 11-12 octobre 1984)

*FAILLITE ET LIQUIDATION DES ENTREPRISES**A. Aspects de droit commercial*

Yves GUYON, Le droit français des entreprises en difficulté (Aspects de droit commercial)	387
Bernhard GOMARD, L'institution de la faillite en droit civil et en droit procédural danois	403

B. Aspects de droit social

Pierre RODIÈRE, Les aspects sociaux du droit français de la « faillite »	425
Olof BERGQVIST, La faillite et la liquidation des entreprises en Suède (Quelques aspects de droit du travail)	441

C. Aspects de droit administratif

Pierre DELVOLVÉ, La faillite et la liquidation des entreprises (Aspects de droit administratif français)	451
Ian FRANCKE, Faillite des entreprises (Aspects de droit public suédois)	477

D. Aspects de droit pénal

Bernard BOULOC, La faillite et la liquidation des entreprises (Aspects de droit pénal français)	487
Hans Kristian BJERKE, La faillite des entreprises (Aspects du droit pénal norvégien)	515

12^{es} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-ITALIENNES
(Trieste, 19-23 octobre 1984)

*ASPECTS JURIDIQUES DE LA COMMUNICATION
AUDIOVISUELLE*

A. Monopole ou liberté ?

Didier TRUCHET, Monopole ou liberté de la communication audio-visuelle en France ?	531
Claudio CHIOLA, Aspects juridiques de la communication audio-visuelle en Italie : Monopole ou liberté en Italie ?	545

*B. Publicité, droit d'auteur
et droit de réponse*

André FRANÇON, Aspects juridiques de la communication audio-visuelle : publicité, droit d'auteur et droit de réponse en France	559
Luigi SORDELLI, Publicité, droit d'auteur et droit de réponse en Italie	569
Guido ALPA, Publicité, droit d'auteur et droit de réponse en Italie	583

C. Aspects européens

Francis BALLE, Les nouveaux médias en Europe	609
Gian Luigi TOSATO, Aspects juridiques européens de la communication audiovisuelle	639

D. Limites pénales de la communication

André DECOCQ, Les limites pénales de la communication audio-visuelle en France	655
Pietro NUVOLONE, Les limites de la communication audiovisuelle en Italie	673

LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PUBLIC ALLEMAND (*)

par

Peter BADURA

Professeur à l'Université de Munich

A. — *La fonction juridictionnelle*

1. *La formation du droit à travers les décisions de jurisprudence.*

En droit public, comme dans l'ordre juridique en général, la jurisprudence constitue l'apport du juge à la formation du droit, c'est-à-dire à la naissance et à la modification du contenu des normes juridiques, ainsi qu'à la formulation des problèmes juridiques et au développement des conceptions doctrinales correspondantes. Là, comme dans tous les domaines où la décision à rendre sur les litiges à caractère juridique, et par suite la mission de dire le droit applicable sont confiées à des juges indépendants dans le cadre d'une procédure juridictionnelle régulière, il y a formation du droit par la jurisprudence. L'importance que revêt un tel processus dépend, au premier chef, de la manière dont le rôle de la jurisprudence est délimité par rapport à l'activité législative. En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence en droit public, le droit de contrôle du juge à l'égard de la loi et le caractère particulier du statut et de la mission de la juridiction constitutionnelle font que le problème ne se pose pas simplement en ces termes généraux. Les décisions déjà rendues par le juge constitutionnel sont un élément de la force normative de la constitution et surtout elles figurent parmi les limites légales fixées au législateur en matière d'aménagement des structures politiques.

Qu'est ce que la jurisprudence ? Que veut-on dire lorsqu'on parle de formation du droit sous l'action de la jurisprudence ou de « droit des

* Traduit de l'allemand par Pierre CHENUT, ingénieur au C.N.R.S.

juges » ? Les problèmes fondamentaux de théorie et de méthodologie juridiques, tels qu'ils ont été formulés et traités, ces derniers temps, par Larenz, Esser, Fikentscher et Bydlinski (1) ne pourront être embrassés et examinés de façon autonome dans le présent rapport, lequel portera sur le rôle de la jurisprudence en droit public. La multiplicité des termes, des notions et des opinions oblige cependant à envisager également ces problèmes plus spécifiques que sont la formation du droit par le juge en matière administrative ou constitutionnelle et à indiquer quels sont les éléments à retenir, de façon générale et du point de vue méthodologique.

La jurisprudence est l'ensemble des conceptions juridiques qui sont invoquées en référence, dans une sentence judiciaire, pour élaborer la décision, conceptions qui ne sont pas simplement destinées à permettre d'apprécier le cas d'espèce et qui, de ce fait, sont propres à fournir un critère d'appréciation pour les litiges futurs. La jurisprudence est constituée par les conceptions juridiques trouvées, dans des cas litigieux antérieurs, par le juge appelé à en connaître, et susceptibles d'une application générale. Etant donné que la formation du droit par la jurisprudence se distingue de la formation du droit coutumier, la valeur de précédent d'une conception juridique est indépendante du fait qu'elle ait été ou non développée dans une seule décision ou confirmée par une application d'une certaine durée de la part des tribunaux. Le jugement tranche un cas concret ; il dit le droit pour un tel cas d'espèce et pour ce cas exclusivement. L'application de la norme abstraite au cas litigieux concret, la « concrétisation » ou la « mise en œuvre pratique » du droit objectif incluent nécessairement la formation *ex nihilo* de « dispositions complémentaires émanant du juge » ; en tant que conceptions juridiques jurisprudentielles, ces dispositions vont au-delà des cas d'espèce, sans cependant avoir effet obligatoire par elles-mêmes — à moins d'une décision spéciale en ce sens (2).

2. Force de chose jugée et jurisprudence.

En se fondant sur les dispositions du droit processuel, on peut faire nettement la distinction entre la force de chose jugée (au sens matériel), qui se définit comme l'aptitude d'une décision judiciaire devenue inattaquable à servir de critère de référence à valeur déterminante et la valeur de précédent des conceptions juridiques sur lesquelles repose la décision judiciaire. Les décisions ayant force de chose jugée lient les parties et leurs ayants droit dans la mesure où il a été statué sur l'objet du litige (§ 121

(1) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5^e éd., 1983 ; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2^e éd., 1964 ; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung*, 1972 ; W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. IV, 1977 ; F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982.

(2) H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 7^e éd., 1952, p. 22 et s. V. sur ce point, à titre complémentaire, P. BADURA, « Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts », in *Rechtsfortbildung durch die Sozialgerichtliche Rechtsprechung*, coll. « Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes », vol. X, 1973, p. 40 ; du même, « Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik », in *Festschrift für Ludwig Fröhler*, 1980, p. 321.

VwGO). Dans les procédures de contrôle des normes, la force de chose jugée de la décision produit effet, selon la disposition légale applicable, soit dans tous les cas — donc même s'il y a confirmation de la norme attaquée (§ 31, al. 2 BVerfGG), soit, en cas de déclaration de la nullité de cette même norme (§ 47, al. 6 VwGO), *erga omnes* ; elle a, selon les termes de la loi « force obligatoire générale » ou « force de loi ».

La force de chose jugée vise à empêcher la répétition du même litige entre les mêmes parties et le prononcé de décisions contradictoires sur ce même litige (3) ; la force de chose jugée des décisions judiciaires a pour fonction d'éclaircir de façon obligatoire l'état du droit par suite de la portée déterminante que revêt, pour les parties, la décision rendue sur l'objet du litige, du caractère juridique du contenu de celle-ci et de l'obligation, pour la puissance publique, de s'y conformer ; en conséquence, la force de chose jugée est destinée à assurer la paix entre les parties et en particulier, à leur donner la possibilité de régler leur comportement conformément à cet état du droit (4).

La valeur de précédent d'une décision judiciaire n'est pas attachée à la force de chose jugée de la décision rendue sur le cas d'espèce, mais aux problèmes juridiques antérieurs à cette décision et aux conceptions juridiques développées pour les résoudre, conceptions résultant, en règle générale, de l'interprétation des dispositions légales applicables à l'espèce. L'autorité appartenant en propre à la force de chose jugée, qui coupe court à toute discussion sur le « caractère pertinent » de la décision rendue avec une telle force, ne s'étend pas aux conceptions juridiques précédant cette même décision, sauf si le droit de la procédure prévoit un effet obligatoire de la jurisprudence antérieure. Des doutes sur le « caractère pertinent » d'une jurisprudence, et également sur son utilisation par les juges en qualité de précédent, obligent le juge saisi de l'affaire à se former sa propre opinion (5). La réponse à la question de savoir si un jugement antérieur lie les tribunaux dans des litiges futurs ne résulte pas du caractère de précédent d'une conception juridique, mais de règles de décision s'imposant aux tribunaux. Si ces règles prévoient un tel effet obligatoire, ne peuvent être considérées comme des conceptions juridiques à valeur de précédents que celles qui font corps avec les motifs de la décision, car cette qualité leur confère une garantie spécifique de pertinence.

Le droit allemand de la procédure administrative ne connaît pas d'effet obligatoire des conceptions juridiques de la jurisprudence et il en va de même du droit processuel des autres branches juridiques. Le droit de la procédure applicable en matière constitutionnelle fait exception. Un effet obligatoire de la jurisprudence peut être admis en un sens restreint, dans les cas où le recours en cassation est ouvert pour dérogation, de la part du juge du fond, à une décision rendue par une juridiction du rang le plus élevé (§ 132, al. 2 n° 2 VwGO) et dans ceux où une chambre du tribunal

(3) B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 404 ; D. REDEKER/H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7^e éd., 1981, § 121, note 5.

(4) BVerfGE 47, 146/161.

(5) K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 412 et s.

de cassation est tenue de saisir l'assemblée plénière de ce même tribunal, car elle veut s'écarter, sur une question de droit, de la décision rendue par une autre chambre ou par ladite assemblée plénière (§ 11 al. VwGO). C'est aux mêmes préoccupations que répond l'institution d'une assemblée regroupant l'ensemble des Cours fédérales suprêmes ; cette assemblée plénière doit être saisie lorsqu'une Cour fédérale suprême, par exemple le Tribunal administratif fédéral, veut s'écarter, sur une question de droit, de la décision d'une autre Cour suprême, par exemple la Cour fédérale de justice, ou d'une décision rendue par l'assemblée plénière elle-même (6). Dans ces cas, l'existence de décisions antérieures des juges suprêmes déclenche une procédure judiciaire spéciale, qui assure l'unité du droit et permet, en même temps, la formation régulière et progressive de celui-ci sous l'action de la jurisprudence.

Abstraction faite de ces dispositions juridiques, si en droit allemand la jurisprudence peut prétendre contribuer à permettre, dans une certaine mesure, d'anticiper le résultat de l'activité juridictionnelle et à assurer la continuité de l'ordre juridique, choses tout à fait souhaitables en elles-mêmes, c'est uniquement dans les limites de son aptitude à emporter la conviction et de sa « pertinence ». Elle ne saurait acquérir une force obligatoire autonome débordant le cadre ainsi tracé sous le couvert de principes postulés par l'État de droit et invoqués, le cas échéant, en faveur de cette thèse, tels que le principe d'égalité ou celui de la bonne foi (7). Une décision dérogeant à une interprétation juridique antérieure ou même à une pratique judiciaire courante serait réformée par l'instance du degré supérieur pour fausse qualification des faits et non pas pour violation des principes inclus dans l'État de droit. C'est seulement si l'interprétation divergente comportait un élément supplémentaire d'arbitraire, que la question d'une violation du principe d'égalité pourrait être prise en considération.

En Allemagne, la formation du droit par la jurisprudence est ainsi réglementée dans une certaine mesure, notamment en droit constitutionnel et dans le droit applicable à la cassation, par des dispositions légales, mais elle ne peut être ni expliquée, ni justifiée par ces mêmes dispositions. La portée exacte et en même temps la faiblesse du rôle de la jurisprudence dans la formation du droit sont bien mises en lumière par les propos suivants d'un constitutionnaliste. « L'examen, à titre d'hypothèse de travail, du caractère susceptible ou non de généralisation de la conception juridique sur laquelle se fonde la décision sur le cas d'espèce, donc l'examen de la possibilité ou non de voir, dans cette décision, une norme générale, est

(6) Art. 95 Abs. 3 GG, « Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 16. Juni 1968 » (*BGBI.* I p. 661).

(7) K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 137 et s., 412 et s. ; W. HOFFMANNRIEM, *Beharrung oder Innovation - Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, *Staat* 13, 1974, pp. 335-341 ; H. COING, « Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts », *JuS* 1975, pp. 277-279 ; B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 487 ; F. BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 501 et s. ; F. OSSENBUHL, « Die Quellen des Verwaltungsrechts », in H. U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., 1983, pp. 59-110 et s.

une des garanties les plus importantes de la rationalité de cette décision. Malgré tout, la pertinence de cette conception juridique, dès lors qu'elle prétend valoir pour d'autres cas que celui correspondant à la décision d'espèce, demeure aléatoire, car ces autres cas, vu leur contexte propre, n'entrent dans le champ de vision du juge qu'à titre hypothétique et ne peuvent, par conséquent, être embrassés par lui de façon complète et dans toutes leurs implications » (8).

3. *Législation et fonction juridictionnelle.*

Les conceptions juridiques de la jurisprudence, à travers lesquelles s'exprime au jour le jour — conformément à la nature de la fonction juridictionnelle — la participation du juge à la formation du droit ont pour fondement la décision remise aux mains du juge et rendue par lui, conformément à l'équité, sur le litige qui lui est soumis. Manifestation extérieure de la fonction juridictionnelle, la formation du droit par la jurisprudence est différente de la création du droit par le Parlement sous forme de loi (9). La création et le développement de l'ordre juridique par la loi et la concrétisation du droit par le juge dans le cas d'espèce sont deux processus de formation du droit qui ne sont pas interchangeables. Le rôle accru de la fonction juridictionnelle, dans la ligne de l'accroissement du rôle de l'administration sous l'influence de l'État social et de l'esprit technocratique et dans le droit fil de la soumission au droit de l'action administrative, n'a rien changé au fait que la part déterminante, du point de vue constitutionnel et politique, dans la formation du droit est entre les mains du Parlement-législateur.

La délimitation et la répartition des fonctions, telles qu'elles résultent de ce qui précède, ne sauraient être réduites à néant par une surestimation théorique de l'activité judiciaire. Les idées, avancées autrefois et récemment encore, relativement à un prétendu « réalisme » du travail juridictionnel et qui relèguent le processus proprement dit de formation du droit dans la salle d'audience sont des généralisations issues d'une vision unilatérale des choses. Dans la démocratie parlementaire, liée par le principe de l'État de droit, la loi constitue — c'est là une nécessité de politique constitutionnelle — le concept fondamental du droit public et la clef de voûte de l'ordre juridique. C'est par elle que se manifestent la mise en œuvre effective de la souveraineté populaire, la légitimation et le contrôle du processus de création du droit, sur la base d'un mécanisme de formation des opinions et des vœux politiques assorti de garanties de publicité et de légalité, ainsi que la fusion en une unité de la communauté régie par le droit et de l'ordre juridique correspondant.

Les idées progressistes, répandues aujourd'hui, sur un soi-disant rôle autonome de la jurisprudence au nom d'un « droit des juges » reposent

(8) B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 416.

(9) H. COING, *Richterrecht*, p. 278 ; P. BADURA, *Richterrecht*, p. 43. La fusion de la législation et de la jurisprudence au nom de l'idée générale d'une « pluralité d'organes créateurs de droit » (W. BROHM, « Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit » NJW, 1984 (8) donne trop peu d'importance à la différence de nature entre la loi et la jurisprudence.

sur divers fondements. L'un d'entre eux est le phénomène objectif de développement du droit imputable à l'État social. La pratique et le style de la législation actuelle et surtout le caractère, souvent technique et éphémère, de la législation en matière de politique économique et de politique sociale imposent au juge la sauvegarde de l'unité du droit et l'obligent à développer et à affirmer de façon systématique les principes généraux du droit et les institutions juridiques. A la fixation codifiée de l'ordre juridique, qui, peut-être pour des motifs inhérents à la démocratie inspirée de l'État social, échappe au législateur, se substitue, dans une large mesure, et souvent avec le secours de la Constitution, le rôle de la juridiction. La capacité du législateur parlementaire à résoudre les problèmes demeure insuffisante, compte tenu de l'ampleur de la mission de transformation de la société qu'implique virtuellement l'idée de l'État social. Ce n'est pas là simplement une question de déficience technique et institutionnelle. Il s'y ajoute le fait que la notion de droit d'inspiration étatiste, dont l'expression était la prééminence de la loi dans l'État constitutionnel d'essence bourgeoise, a été aujourd'hui affaiblie précisément dans les zones de dépérissement du droit correspondant à une occupation du terrain par le droit social, et ce en raison des fortes tendances à la démocratisation de certains ensembles de questions afférentes au droit social et de leur constitution en blocs autonomes (10). On citera comme exemples le droit collectif du travail, les conventions collectives dans le cadre du droit social (11) et le mandat donné par la loi à l'Exécutif en vue de la création d'un droit de la planification et de l'édiction de mesures juridiques en matière d'aménagement de l'espace, d'urbanisme et de gestion de l'économie. Les limites que comporte à cet égard la fonction de création du droit dévolue au législateur n'entraînent pas nécessairement une extension de la fonction du juge dans une mesure correspondante.

4. *La soumission du juge à la loi et au droit.*

L'activité législative est soumise à l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire le sont à la loi et au droit (art. 20, al. 3 GG). La Loi fondamentale a défini le principe général de « soumission du juge à la loi », qui est une des pierres d'angle de l'État constitutionnel fondé sur la séparation des pouvoirs (12), d'une formule qui met l'accent sur le caractère matériel de l'État de droit, rejette tout positivisme légaliste étroit et affirme avec force le point de vue selon lequel toute disposition légale particulière s'insère dans l'ordre juridique pris dans la totalité de son contexte (13). L'activité du juge ne consiste pas seulement à discerner et à énoncer les décisions du législateur ; la fonction juridictionnelle inclut une mission et un pouvoir du juge portant sur la détermination *ex nihilo*

(10) Sur ce point, déjà, P. BADURA, *Richterliches Prüfungsrecht*, p. 327.

(11) Par ex. les contrats collectifs entre les Caisses maladie et les groupements de caisses de la profession médicale, en vue de la couverture des prestations versées par ces dernières caisses (§§ 368 et s. RVO).

(12) BVerfGE 49, 304/318 avec référence à KREY, JZ 1978, 465.

(13) BVerfGE 34, 269/286 et s.

du droit applicable (14). La conformité au droit de la décision concrète laissée au juge (15) ne résulte pas d'avance de la norme légale abstraite par simple lecture de son texte. Mis à part les cas-limites, où la solution dégagée d'avance par le législateur ne pourrait avoir pour conséquence qu'une décision arbitraire du juge sur le fond du litige, la soumission du juge à la loi implique en même temps l'impossibilité d'une application du droit à des litiges concrets sans une concrétisation de la norme abstraite elle-même au moyen des conceptions juridiques élaborées par le juge. C'est pourquoi l'idée d'un caractère évolutif ou « créateur » des solutions de droit élaborées par le juge n'est pas en contradiction avec la soumission de celui-ci à la loi. La soumission du juge à la loi a pour conséquence de permettre à la fonction assignée par la constitution à la loi de s'exercer en vue de l'élaboration d'une décision conforme à l'équité, grâce aux moyens qu'offrent, à cet égard, une argumentation et des motifs fondés sur le droit ; ainsi, est assuré le respect de la mission et de la responsabilité du législatif, sans que le juge puisse le décharger de l'une ni de l'autre (16). La formation du droit par la jurisprudence est donc un élément du rôle de la fonction juridictionnelle ; elle est nécessairement liée à la soumission du juge à la loi.

5. « Droit des juges » et « droit des juristes ».

Lorsqu'on qualifie le développement de principes et d'institutions juridiques par la jurisprudence des Cours suprêmes de « droit des juges », on souligne le caractère tout particulier de la participation des juges à la formation du droit et surtout à sa formation dans le sens de son développement progressif, participation qui va au-delà d'une simple application de la loi par interprétation de sa lettre (17). Ce terme de « droit des juges » peut prêter à confusion, car il suggère l'idée d'une mise sur le même plan en tant que concepts ou, à l'inverse, d'une opposition du point de vue théorique, d'un « droit des juges » et d'un « droit d'essence légale ». Cependant, le droit des juges n'est constitué de rien d'autre que de décisions jurisprudentielles donc de conceptions juridiques susceptibles d'une application générale et ayant contribué, dans une décision judiciaire ou

(14) BVerfGE 34, 269/287. La limite spécifique tracée, en matière de formation du droit en raison de l'existence du principe de soumission obligatoire du juge à la loi et au droit (Art. 20, abs. 3 GG) s'est trouvée transgressée, du fait que la BAG (GS JZ 1979, 192) a attribué à des droits à indemnité résultant d'un plan social un rang de classement les plaçant avant les dispositions du § 61 Abs. 1 n° 1 KO, en tant que créances privilégiées dans le cas d'une faillite (BVerfGE, 65, 182).

(15) F. WIEACKER, « Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel », JZ 1957, pp. 701-705.

(16) P. BADURA, *Richterrecht*, p. 55 ; dans le même sens, K. LARENZ, *Methodenlehre*, 4^e éd, 1979, p. 493 et s.

(17) O. A. GERMANN, *Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung*, 1960 ; H. COING, *Richterrecht*, p. 277 ; J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, 1975 ; K. STERN, *Staatsrecht*, vol. II, 1980, p. 581 et s. ; H. HEUBNER, « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht », in *Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf*, 1983, p. 317 ; K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 412 et s. F. OSSENBUHL, *Quellen des Verwaltungsrechts*, p. 106 et s.

une série de décisions de ce type, à la détermination du droit applicable en l'espèce. La décision à valeur de précédent ne peut jamais vraiment se dégager de son imbrication avec les faits du litige qui est à son origine (18). Elle doit toujours se prêter à un examen critique de son contenu et de son domaine d'application, examen repris dans chaque cas et elle doit, fréquemment aussi, se résigner à encourir le grief de « fétichisme du précédent » (19). Joseph Esser et Karl Larenz s'accordent à dire que la « force normative » de la pratique judiciaire des Cours suprêmes repose « sur le maintien, au fil du temps, de son caractère réellement pertinent et sur sa concordance objective avec le sentiment du droit en tant que conviction vivante » (20), même lorsque cette force normative a trouvé une assise solide et s'est vue reconnaître par tous.

Pour parler de façon dogmatique et quelque peu prétentieuse, on pourrait qualifier ces opinions doctrinales de théorie des précédents jurisprudentiels « favorable à l'idée d'un droit des juges », lorsqu'elles prétendent attribuer à la tâche de formation du droit, qui est le propre des conceptions juridiques formulées par la jurisprudence, une qualité normative au sens spécifique du terme. Dans une direction opposée à l'herméneutique (21), ce sont principalement les théories de Wolfgang Fikentscher sur la « norme du cas d'espèce » (22) et de Friedrich Müller sur la « norme spécifique de la décision » (23) qui sont apparues au premier plan ces derniers temps. On devrait reconnaître à ces théories, qui, jusqu'à présent, ont trouvé audience essentiellement en droit public en tant que doctrine d'interprétation et d'application de la constitution, un premier mérite : c'est d'avoir orienté l'attention de la science juridique vers ce processus méthodique de mise à profit des conceptions juridiques jurisprudentielles. Sous l'angle du droit public, et plus particulièrement du droit constitutionnel, le problème de méthodologie juridique posé par le droit des juges apparaît tout d'abord, comme un problème de soumission de l'État au droit, c'est-à-dire d'une part comme une question touchant la mission et la compétence du Parlement-législateur et de l'autre, comme une question se rapportant à l'exercice de la fonction juridictionnelle (24). Partant de ce point de vue, l'idée d'un dualisme de la formation du droit

(18) H. COING, *Richterrecht*, p. 281.

(19) H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, p. 23 et s.

(20) K. LARENZ, « Über die Bindungswirkung von Präjudizien », in *Festschrift für Hans Schima*, 1969, pp. 247-252.

(21) K. LARENZ, « Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem », in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, p. 291.

(22) W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. IV, 1977, p. 176 et s. Voir sur ce point la critique de LARENZ, *Methodenlehre*, p. 137 et s., et F. BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 515 et s.

(23) C'est dans le contenu proprement décisoire et susceptible d'acquérir force de chose jugée, de la décision de la juridiction constitutionnelle que K. VOGEL, « Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », in : *Festgabe für das BVerfG*, 1976, vol. I, pp. 568-589 et s., voit le fondement de sa « norme concrète à valeur de décision », à savoir l'opinion juridique qui, dans le libellé du jugement, sert de base à la sentence, et qui, précisément, est formulée en termes si généraux qu'outre la décision rendue sur le cas d'espèce, elle est la source d'une autre décision de même sens en des cas analogues.

(24) P. BADURA, *Richterrecht*, p. 42 ; J. IPSEN, *Richterrecht*, p. 47 et s.

par l'action de la loi et de la jurisprudence ne peut être éliminée. De même, la doctrine de Martin Kriele, parlant d'une « argumentation à base de rationalité juridique » et de « force obligatoire présumée » des précédents respecte la primauté des décisions politiques du législateur et de la constitution (25).

L'apport du juge à la formation du droit, susceptible d'être appréhendé à travers la jurisprudence et que l'on peut qualifier dans les cas de décisions judiciaires des Cours suprêmes de « droit des juges », ne saurait trouver la rationalité exigée par l'État de droit que dans sa soumission à l'exigence d'une argumentation et à une motivation juridiques méthodiquement élaborées. Ce n'est que sur la base d'une « validité de la méthode et d'une déontologie de la formation de la conviction (du juge) » (26) que cette stabilisation de la formation du droit à partir des précédents jurisprudentiels pourra être obtenue. Cependant, si ces « garanties de rationalité de la pratique des décisions judiciaires » (27) reposent essentiellement sur la méthode de travail retenue pour cette pratique elle-même, la fonction et le statut du juge deviendront une des garanties de rationalité. La science juridique et la formation des juristes à une telle science sont des conditions mises de l'activité juridictionnelle, conditions déterminantes et implicitement admises dans la théorie de la formation du droit par le juge. La présence d'un juge ayant reçu une formation juridique jouissant de la protection de son indépendance personnelle et matérielle et celle d'un avocat ayant également reçu cette formation et bénéficiant de la liberté qui caractérise sa profession constituent les conditions pratiques pour l'existence d'un État de droit. L'exigence en vertu de laquelle la formation des juristes est dispensée dans une Faculté de droit, où la liberté de la science, de la recherche et des cours magistraux est garantie (art. 5, al. 3 GG) est un article constitutionnel tacitement inclus dans le système judiciaire de l'État de droit (28).

Il apparaît que le droit des juges ne saurait être assimilé au droit des juristes, « notamment aux concepts et principes doctrinaux extra-légaux de la science juridique », laquelle donne, par la dogmatique juridique, la possibilité d'utiliser un « instrument de la découverte du droit applicable dans le champ embrassé par la raison et la morale pratiques » et une « théorie élaborée de l'application concrète du droit » (29). Le droit des juristes est différent de la méthodologie juridique, en tant que celle-ci s'occupe, de manière indépendante, des « méthodes d'élaboration du droit ne rentrant pas dans le domaine de la loi » ou de la « recherche de critères

(25) M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967, 2^e éd., 1976 ; dans le même sens F. BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 506 et s.

(26) J. ESSER, « Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht », in *Festschrift für Fritz von Hippel*, 1967, p. 95, spéc. p. 115 ; du même, *Vorverständnis*, spéc. p. 189 et s.

(27) Ainsi le sous-titre de la note d'ESSER « *Vorverständnis und Methodenwahl* ».

(28) P. BADURA, « Verfassung », in *Unser Recht*, 1982, pp. 911-912 et s.

(29) F. WIEACKER, « Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik », in *Hermeneutik und Dialektik, Aufsätze II*, 1970, pp. 311-333, 336.

d'appréciation supérieurs à la loi » (30). Son domaine est la dogmatique juridique, donc, dans le cas du droit public, la théorie du statut juridique de l'État systématiquement élaborée, fondée sur des principes et pensant les théories à venir (31). Elle donne à la substance du droit positif, aux principes juridiques enracinés dans le réel et aux institutions juridiques le contenu à partir duquel le juge pourra ensuite déduire l'argumentation et le fondement juridiques nécessaires à la formation d'une jurisprudence. Les critères d'équité commandant la découverte par le juge du droit applicable ne peuvent être conçus dans l'abstrait. Ils doivent être déduits de la conciliation de la loi avec le « sentiment général du droit » (Larenz), qui est le devoir tracé à la doctrine juridique. Ici, la formation du droit par le juge recoupe la sphère de la formation doctrinale de ce même droit, avec les caractéristiques de « droit des juristes » qu'il présente alors, dans un contexte d'interaction réciproque et de dépendance mutuelle de ces deux droits.

6. *Le rôle du juge dans le développement du droit.*

Le lien de dépendance entre la formulation du droit par le juge et l'apport dogmatique de la science juridique est valable pour l'ensemble de la formation du droit par le jeu de la jurisprudence ; il est cependant valable dans une mesure plus forte encore pour l'élaboration de nouvelles règles de droit. Il n'existe pas de différence essentielle entre l'application du droit et son développement progressif, comme le montre, en particulier, la concrétisation, par la jurisprudence, de clauses générales et de notions juridiques indéterminées. Dans les lois sur l'aménagement de l'espace et la planification, les habilitations données à l'Exécutif en termes généraux sont moins des réglementations susceptibles d'une interprétation littérale que des délégations de pouvoirs et des directives pour l'administration chargée d'aménager et de planifier, par exemple dans le cas de la planification urbaine à l'échelon communal ou des politiques structurelles du développement économique.

Faire évoluer le droit par la jurisprudence est une tâche reconnue et nécessaire du pouvoir judiciaire. Cette tâche concerne également le comblement de toute « lacune » reconnue de la loi ; cependant, le mandat conféré aux juges en matière de formation progressive du droit ne dépend pas de l'existence d'une lacune de la loi ou du droit positif. Il est limité, en ce sens que son exercice ne saurait se démarquer du système formé par l'ordre juridique et ne peut traduire une volonté propre quant à la politique juridique (32). C'est pourquoi la formation progressive du droit demeure, comme l'élaboration de la décision par le juge en général et en dépit de

(30) K. LARENZ, *Methodenlehre*, 4^e éd., 1979, p. 138 ; du même, *Methodenlehre*, 5^e éd., 1983, p. 123.

(31) E. W. BÖCKENFÖRDE, « Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft », in *Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, 1983, p. 317 ; P. BADURA, *Richterrecht*, p. 47 et s. ; du même, in K. VOGEL (éd.), *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*, 1979, p. 56 et s.

(32) BVerfGE 34, 269/286 et s. ; 37, 67/81 ; 49, 304/318 ; K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 353.

l'aspect créateur que cette formation est susceptible de revêtir, séparée de la création du droit d'essence parlementaire par la loi, qui est un élément de la formation de la volonté politique.

Les lois de procédure reconnaissent expressément, comme mission du pouvoir judiciaire, la « formation progressive du droit » par les tribunaux [spécialement par les Chambres réunies des juridictions de cassation (33)]. Les dispositions du droit de la procédure qui, en cas de « dérogation à la solution habituellement admise sur une question de droit », doivent assurer l'unité de la jurisprudence, reconnaissent également implicitement le rôle du juge dans cette évolution du droit (34).

B. — *La portée des interprétations juridiques de la jurisprudence au niveau de la juridiction administrative*

7. *La mission de protection du droit des tribunaux administratifs.*

En droit administratif, la coopération réciproque de la doctrine et de la pratique judiciaire au développement des principes et des institutions juridiques et la création jurisprudentielle du droit par les tribunaux administratifs et civils ont donné naissance sous forme de « droit administratif général », à un domaine du droit et de la doctrine ayant une existence propre au sein du droit public. Le droit administratif général est le lien systématique des domaines et des modes d'action multiformes de l'activité administrative et le lieu de réunion et de conciliation des exigences du droit constitutionnel et du contenu des dispositions du droit administratif. L'état de développement du droit administratif général n'est pas seulement une question de vue d'ensemble ordonnée et satisfaisante d'un système académique ; il est une condition essentielle du caractère représentatif de l'État de droit de l'administration publique (35). Du fait de l'expansion croissante de l'administration planificatrice et interventionniste, l'impulsion déterminante dans le développement du droit s'est cependant trouvée transférée de manière sensible, pour certaines parties centrales du droit administratif général, par exemple la théorie du pouvoir discrétionnaire, l'institution juridique des contrats et quasi-contrats administratifs et le pouvoir réglementaire délégué par la loi à l'Exécutif, à certains domaines du droit administratif spécial, notamment le droit de la planification et de l'aménagement de l'espace, le droit en matière de sécurité des installations techniques et le droit relatif à la gestion de l'économie.

La mission de protection du droit conférée aux tribunaux administratifs détermine leur compétence juridictionnelle et ainsi la portée des théo-

(33) Cf. § 137 GVG ; § 45 Abs. 2 ArbGG ; § 11 Abs. 4 VwGO ; § 43 SGG ; § 11 Abs. 4 FGO.

(34) Cf. p. ex. § 16 Abs. 1 BVerfGG ; § 136 Abs. 1 GVG ; § 11 Abs. 3 VwGO.

(35) O. BACHOF/W. BROHM, « Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung », *VVDStRL* 30, 1972 ; P. BADURA, « Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts », in *Festschrift für den Bayer. Verfassungsgerichtshof*, 1972, p. 157 ; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982.

ries juridiques jurisprudentielles issues de leur pratique en matière de décision (36). Les tribunaux administratifs assurent la sauvegarde des exigences auxquelles l'État de droit soumet l'exercice de la puissance publique, afin de garantir la liberté prescrite par la loi. Le recours judiciaire est ouvert à toute personne estimant avoir été lésée dans ses droits par la puissance publique (art. 19, al. 4 GG et 40 al. I VwGO). La juridiction administrative protège les droits des particuliers fondés sur la loi et la constitution contre toute atteinte illégale de l'Administration et, dans le cadre du contrôle des normes par le juge, contre le législateur lui-même. Le principe de légalité de l'action administrative détermine l'activité de l'administration publique et la protection du droit sous la forme d'un contrôle exercé par les tribunaux. Dans l'État du droit à caractère social, la loi n'est pas seulement l'habilitation permettant une ingérence dans la liberté et la propriété, mais souvent un mandat et une directive adressés à l'autorité administrative dont l'appréciation et l'intervention autonomes sont le noyau central du pouvoir de décision attribué par la loi. C'est particulièrement en de tels cas que la délimitation nécessaire entre le mandat autonome conféré au pouvoir exécutif en matière de planification et d'aménagement et la mission de protection du droit, dont les tribunaux administratifs doivent assurer l'accomplissement par un contrôle conforme à l'État de droit, pèse de tout son poids.

Une protection judiciaire efficace par les tribunaux en matière de litiges administratifs sera d'autant mieux susceptible d'être obtenue que les tribunaux administratifs observeront avec plus de sens critique les limites de la mission de protection du droit qui leur a été attribuée. Ce rôle du pouvoir juridictionnel a pour pièce maîtresse le fait que, dans l'État de droit, la légalité de l'action administrative n'est pas laissée aux mains de la bureaucratie, de la direction politique et de la responsabilité parlementaire, mais qu'elle est confiée aux tribunaux administratifs. La spécificité de cette fonction juridictionnelle est double — les tribunaux administratifs ne doivent pas se substituer à l'administration, mais la contrôler : les tribunaux administratifs ne sont pas une administration supérieure ou meilleure. Les tribunaux administratifs doivent, dans les litiges, défendre les droits des particuliers contre l'administration ; ils sont destinés à assurer la protection des droits individuels et non pas un contrôle général de la légalité appliqué à l'administration.

(36) Sur ce point et les développements qui suivent, R. SCHOLZ/E. SCHMIDT-ASSMANN, « *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit* », *VVDStRL* 34, 1976 ; W. SCHMIDT, « *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes* », *NJW* 1978, 1769 ; H. J. PAPIER, *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, 1979. P. LERCHE, « *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen* », *Bay VBl.* 1980, 257 ; D. GRIMM, « *Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen* », in Sh. VAN. BUIREN (éd.), *Richterliches Handeln und technisches Risiko*, 1982, p. 25 ; R. A. RHINOW, « *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel* », in : *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, 657 ; C. H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 8^e éd. 1983 ; P. BADURA, « *Grenzen und Alternativen des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungssstreisachen* » *JA* 1984, 99.

La règle générale selon laquelle les tribunaux administratifs ne doivent pas administrer, mais contrôler l'administration repose sur l'idée que le principe de l'État de droit et celui de la séparation des pouvoirs imposent à l'exécutif et aux tribunaux des rôles différents et non interchangeables :

— L'administration publique est liée, dans son action, par la loi, mais, en application d'un mandat d'intervention dans la vie sociale, mandat dont il appartient, en dernière analyse, au politicien de déterminer le contenu et de porter la responsabilité. L'administration conduit sa procédure en fonction des pouvoirs de décision qui lui sont propres et de son intérêt propre relativement à la décision en cause.

— Le tribunal apprécie le comportement de l'administration par référence aux principes en la matière préalablement dégagés par le droit, avec toute l'indépendance et la neutralité que procurent les garanties institutionnelles à cet effet. L'indépendance des tribunaux n'est possible, leur pouvoir de décision supportable que parce qu'ils sont liés à la loi et au droit et qu'il ne peuvent donc librement choisir leurs critères de décision.

Les carences de l'État législateur et le caractère trop peu élaboré du point de vue juridique que présenterait une technique d'application directe de la constitution à l'accomplissement et au développement des règles de droit sont susceptibles de favoriser une tendance au libéralisme en matière de soumission du juge à la loi. Faisant de nécessité vertu, ces tendances sont, en principe, en contradiction avec la fonction juridictionnelle. Les tribunaux administratifs ne peuvent avoir pour rôle d'intervenir dans la réalisation politique de la transformation de la société, que ce soit directement, par l'intermédiaire des critères de décision établis par eux-mêmes ou indirectement, en tant que médiateurs d'intérêts politiques assortis d'un droit d'agir en justice, comme, par exemple, dans le cas de l'introduction d'une action populaire ou collective en matière écologique. L'indépendance du juge, liée à la soumission de celui-ci à la loi, définit et délimite le domaine d'exercice possible du contrôle de la juridiction administrative.

8. *Formation du droit par la jurisprudence.*

a) *Les principes généraux du droit administratif.*

Si l'on envisage le contenu et les limites de la fonction juridictionnelle des tribunaux administratifs, la formation du droit dans le domaine du droit administratif se trouve exclue comme champ d'action d'un rôle d'intervention du juge en matière politique ou sociale. Une vision plus précise des « principes généraux du droit administratif » compris dans le droit administratif général montre, il est vrai, qu'il existe ici une ligne de démarcation qui, comme on pourrait le dire de façon simpliste, sépare une formation jurisprudentielle du droit dépendante d'une formation indépendante. Deux exemples vont le montrer : la question de la possibilité d'invoquer, par un pourvoi en cassation, les principes généraux du droit administratif et la question de savoir si, pour ce qui est de l'obligation des autorités de révoquer un acte administratif intervenu régulièrement et devenu inattaquable, une modification de la jurisprudence des Cours suprêmes équivaut à un changement de la législation.

Le pourvoi en cassation devant la Cour administrative fédérale ne peut être fondé, entre autres, que sur le fait que le jugement attaqué repose sur une violation du droit fédéral (§ 137 al. 1 n° 1 VwVfG). Pour ce qui est de l'application de cette disposition aux principes généraux du droit administratif, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas réglementés par la loi, la question est de savoir si l'on fait référence à de tels principes en vue de compléter le droit qui est susceptible d'un pourvoi en cassation, soit, par conséquent, le droit fédéral, ou au contraire en vue de compléter le droit qui ne peut être l'objet de ce même pourvoi, le droit des *Länder*, par conséquent. C'est seulement dans le premier cas que les principes généraux peuvent, quant à eux, donner matière à un pourvoi en cassation (37). Il en va toutefois quelque peu différemment si, et dans la mesure où les principes généraux du droit administratif sont « issus du droit fédéral », s'ils forment ainsi un « élément constitutif du droit fédéral » et non un simple complément de celui-ci. Cette solution a été admise — avec pour conséquence la possibilité toujours ouverte d'un pourvoi en cassation par exemple pour le principe de la répartition des effets dommageables et pour l'action en réparation desdits effets qui en découle (38).

En ce qui concerne le deuxième exemple, les principes généraux applicables au droit, pour un particulier concerné, de demander l'annulation ou la modification d'un acte administratif devenu définitif, ont été désormais expressément déterminés par la loi sur la procédure administrative fédérale et les lois sur la procédure administrative des *Länder*. Il en résulte, entre autres, un droit d'obtenir une nouvelle décision, si la situation de fait ou de droit qui a motivé l'acte administratif s'est trouvée ultérieurement modifiée au bénéfice de l'intéressé (cf § 51 al. 1 n° 1 VwVfG). Une situation juridique nouvelle est créée, selon la doctrine dominante, par une modification des dispositions légales et non par un changement des interprétations judiciaires, ni non plus par un revirement de jurisprudence (39). Une réglementation faisant exception à cette manière de voir est celle édictée par le droit social et applicable à l'annulation d'un acte administratif à effet durable. En vertu de la réglementation précitée, est assimilé à une modification de l'État du droit le fait que la Cour suprême

(37) BVerwG DVBl. 1973. 373.

(38) BVerwG DÖV 1971, 857 avec note de O. BACHOF. F. OSSENBUHL, *Quellen des Verwaltungsrechts*, p. 111 et s. explique ceci par le fait que les principes généraux, susceptibles en tant que tels de donner lieu à un pourvoi en cassation, se révèlent, au vu d'un examen plus approfondi, faire partie du droit des juges.

(39) BVerwG NJW 1968, 315 ; BVerwGE 31, 112 ; BVerwG DÖV 1978, 405 ; BVerwG NJW 1981, 2595 ; P. STELKENS/H. J. BONK/K. LEONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e éd., 1983, § 51, RNr. 29 (lesquels prétendent, il est vrai, assimiler, pour ce qui concerne la formation du droit, les décisions des tribunaux fédéraux suprêmes aux décisions judiciaires à effet généralement obligatoire et les considèrent, pour cette raison, comme une modification de l'état du droit ; *op. cit.* R Nr — 28 h) *Contra*, H. MEYER/H. BORGS-MACIEJEWSKI, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e éd., 1982, § 51, RNr. 15 : la modification d'une jurisprudence définitivement fixée des tribunaux suprêmes ne saurait être considérée comme la modification d'une norme légale mais, malgré tout, elle se rapproche à tel point, quant à ses effets, d'une telle modification, qu'elle doit être regardée comme une modification de l'état du droit pour l'avenir et non pas simplement comme le fait de décider, pour le futur également, quel est le droit qu'il est correct d'appliquer.

fédérale, par une jurisprudence constante, interprète désormais le droit autrement que l'Administration lors de l'émission de l'acte administratif, et que cela produit effet au profit de l'intéressé. A supposer cette condition remplie il naît un droit à l'annulation de l'acte administratif avec effet pour le futur (40). L'introduction d'une telle règle générale de droit dans la procédure administrative a été délibérément omise (41). Il faudra attendre de voir si un principe général du droit correspondant se trouvera consacré par la suite.

9. Formation du droit par la jurisprudence.

b) *Les principes de la planification en matière d'aménagement de l'espace.*

Dans les matières constituant le domaine du droit administratif spécial, les principes de la planification relative à l'aménagement de l'espace, principes développés surtout par la IV^e Chambre de la Cour administrative fédérale, doivent être cités comme une des manifestations les plus significatives de l'élaboration du droit par la jurisprudence (42). Les grandes lignes peuvent en être esquissées comme suit.

Les principes du droit de la planification s'appliquent aux décisions de planification qui touchent le droit applicable à l'aménagement urbain et aux modalités de l'utilisation des sols et le droit en matière d'aménagement du territoire et de planification régionale ; ces principes sont également applicables aux dispositions relatives à l'appréciation à porter, du point de vue technique, sur les projets, ainsi qu'à l'autorisation de ceux-ci, spécialement en matière de droit à la voirie, de droit des eaux et de droit du trafic aérien. Dans la mesure où la loi autorise l'administration à prendre des décisions en matière de planification, cette dernière sera investie — conformément à la nature de la planification dans l'État de droit — d'un pouvoir créateur propre en vue de la réalisation des objectifs prévus au moyen de réglementations autonomes dans le cadre des directives législatives sur les buts et les moyens de la mission de planification. Le pouvoir discrétionnaire en matière de planification exercé sur ce fondement par l'administration ne peut être contrôlé par le tribunal que pour violation du droit et appréciation inexacte des faits. Les principes régissant la légalité et les limites de la liberté d'intervention prévue au titre de l'exécution du plan ont été développés par la Cour administrative fédérale en faisant abstraction des différences spécifiques de fait ou de droit, et de façon

(40) § 48 Abs. 2 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren — Verwaltungsverfahren — (SGB X). Cf. également sur ce point H. HEUBNER, *Richterrecht*, p. 525.

(41) § 176 AbgO.

(42) BVerwGE 34, 301, 45, 309 ; 47, 144, 48, 56 ; 52, 237 ; 55, 220 ; 56, 110 ; 57, 297 ; 61, 295, 61, 307 ; 67, 74 etc. — W. ERNST/HOPPE, *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht*, 2^e éd., 1981 ; W. HOPPE/H. SCHLARMANN, *Rechtsschutz bei der Planung von von Strassen und anderen Verkehrsanlagen*, 2^e éd., 1981 ; G. KORBMACHER, « Bauleitplanung und Fachplanung in der Rechtsprechung, des Bundesverwaltungsgerichts », *DÖV* 1978, 589 ; du même, « Eigentums — und entschädigungsrechtlich bedeutsame Entscheidungen in der fachplanerischen Abwägung », *DÖV* 1982, 517 ; F. WEYREUTHER, *DÖV* 1977, 419 ; du même, *DÖV* 1980, 389 du même, *DVB1.* 1981, 369.

uniforme pour la planification urbaine par voie de réglementation communale et, pour les décisions administratives de déclaration d'utilité publique, par voie d'actes administratifs.

Les principes mentionnés plus haut ont, dans le domaine de la planification à objet particulier, supplanté la doctrine dépassée du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Les dispositions du droit applicable à la planification à objet particulier « confient aux autorités une mission de planification et leur accordent par là en même temps, expressément ou tacitement, la possibilité d'autoriser, dans les limites de leur pouvoir discrétionnaire en matière d'exécution du plan et compte tenu de façon équitable de tous les intérêts publics et privés en présence, un projet exigé par le bien public et susceptible de porter atteinte même aux droits particuliers des tiers » (43). L'appréciation et l'autorisation du projet doivent résulter d'une étude exhaustive et d'une « maîtrise » des problèmes qu'il soulève pour l'environnement et pour les droits et autres intérêts affectés par son impact. Dans la mesure où la déclaration d'utilité publique affecte les droits ou autres intérêts des tiers, elle doit être assortie d'une justification ; le projet doit être nécessaire, c'est-à-dire être « raisonnablement exigé » par l'intérêt public, dans sa réalité spatio-temporelle concrète. L'obligation d'évaluer le poids des intérêts en présence dans le contexte de l'État de droit exige, en ce qui concerne un projet « justifié », au sens indiqué ci-dessus, que les intérêts publics et privés concernés soient identifiés et discernés de manière correcte et complète et qu'ils soient mis en balance, conformément à leur consistance réelle, par une décision « pondérée ». Le principe général de proportionnalité, applicable à une atteinte aux droits des particuliers, est supplanté, lors de la décision d'établissement du plan, par l'exigence d'une justification et celle d'une pondération des intérêts en présence, pour autant qu'un tiers ne doit pas subir une perte de droits, à la suite d'une expropriation en forme devenue nécessaire pour permettre la réalisation du projet ou en raison d'effets de ce projet équivalant à une expropriation. Les atteintes inévitables aux droits des tiers, telles que les émissions de bruit d'un aéroport, doivent être compensées par des dispositions annexes et, à défaut, une indemnisation.

Les principes de la planification en matière d'aménagement de l'espace, que la Cour administrative fédérale a dégagés par sa jurisprudence, se sont imposés dans la pratique judiciaire ; ils sont pris pour base par l'administration, ont influencé le législateur et forment le point de départ d'une vision scientifique de la matière.

C. — La portée des interprétations jurisprudentielles du droit en matière de juridiction constitutionnelle

10. Le rôle jurisprudentiel de la Cour constitutionnelle fédérale.

L'idée essentielle dont il faut partir pour expliquer la portée de la jurisprudence dans le droit constitutionnel de l'Allemagne Fédérale est que

(43) BVerwG BeschluB vom 6.1.194 — BVerwG 4 B 180.83. Le cas particulier de l'établissement d'un plan « d'intérêt privé » en matière de régime des eaux est ici laissé de côté.

la constitution a mis en place, par la création de la Cour constitutionnelle fédérale, une juridiction constitutionnelle, au sens spécifique du terme, dotée de compétences extrêmement étendues (44). Entre les mains de la Cour constitutionnelle fédérale, se trouve également concentré le pouvoir de constater le caractère anticonstitutionnel et la nullité des lois. Car, si le droit de contrôle d'essence juridictionnelle appartient à tout juge, il est cependant limité par l'obligation qui lui est faite de solliciter la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il considère comme anticonstitutionnelle une loi déterminante pour sa décision (45).

Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale est de préserver la constitution et les libertés, les droits et les obligations et les compétences constitutionnels dans le cadre des relations juridiques au sein de l'État fédéral, à l'intérieur de l'ordre juridique et institutionnel de l'État fédéral et dans les rapports entre les particuliers et les pouvoirs publics. Toute personne est habilitée à saisir la Cour par la voie du recours constitutionnel (46) et, en cela, la juridiction constitutionnelle inclut une fonction de protection du droit dont il est fait usage dans une mesure plus que large. Cependant, cette fonction de protection du droit voit son importance relativement limitée, car les recours constitutionnels requièrent une admission du recours pour qu'il soit statué au fond et cette admission est subordonnée à la possibilité d'attendre de la décision la clarification d'une question de droit constitutionnel ou à l'existence, pour le plaignant, d'un préjudice grave et inévitable en cas de refus de statuer sur le recours (§ 93 a al. 4 BVerff GG). Le critère de la « clarification d'une question de droit constitutionnel » met en évidence le fait que la Cour ne se borne pas à statuer sur des cas particuliers, mais qu'il est également de sa compétence d'éclaircir les « questions de droit constitutionnel » et que son rôle est donc bien, en fin de compte, de faire la lumière sur le contenu du droit constitutionnel par des raisonnements juridiques allant au delà du cas d'espèce. On devra voir, dans cette mission de la Cour constitutionnelle et dans son aptitude à la remplir, une cause fondamentale de l'institution d'une juridiction constitutionnelle.

La primauté de la constitution dans l'ordre juridique, le caractère « politique » du droit constitutionnel (47) et la rédaction, souvent peu technique, ambiguë et programmatique, des normes constitutionnelles justifient que les représentants de la doctrine aient mis en avant une théorie particulière de l'interprétation et de l'application du droit constitutionnel (48). La spécificité de la constitution détermine également le rôle et l'influence de la juridiction constitutionnelle et apporte ainsi sa participation à la formation du droit par la jurisprudence que nous pouvons observer ici.

(44) Art. 93, 94 GG : § 13 BVerfGG.

(45) Konkrete Normenkontrolle : art. 100 Abs. 1 GG : § § 13 Nr. 11, 80 et s. BVerfGG.

(46) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG : § § 90 et s. BVerfGG.

(47) Cf. en particulier G. LEIBHOLZ, « Verfassungsrecht und Arbeitsrecht », in A. HUECK ; du même, *Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht*, 1960, p. 21.

(48) Un aperçu détaillé est donné par K. STERN, *Staatsrecht*, vol. I, 2^e éd., 1984, § § 3 et 4.

Que peut-on dire rapidement de la constitution ? La constitution est un acte concret de création et de restructuration de la souveraineté politique nationale et de l'ordre juridique positif. Toute constitution présente des traits d'un archétype historique et culturel unique. La constitution fixe et délimite par le droit, et pas seulement moralement ou politiquement, l'aménagement et l'exercice du pouvoir politique et de l'autorité publique. Elle ordonne et discipline les mécanismes politiques, la lutte des groupes pour le pouvoir et la participation au produit social. Par le fait qu'elle reconnaît, de façon obligatoire ou à titre programmatique, l'existence de missions de l'État, elle est un « Plan » orienté vers l'avenir. La constitution intègre à son contenu des propositions politiques et idéologiques et elle utilise des institutions et des fictions juridiques considérées comme éprouvées et utiles. Elle tend, en même temps, vers un ordre qui, sur de nombreux points, est encore à créer et à développer en permanence et ne résulte pas de la seule décision de l'adoption de la constitution, mais reste à réaliser par le moyen de l'évolution politique impérativement soumise au droit constitutionnel. Pour le système des partis, le gouvernement dirigeant l'État et le Parlement-législateur, la constitution est ainsi une barrière, mais également, un mandat à remplir et un programme d'action.

Les objectifs matériels de la constitution et les critères correspondants pour les réaliser s'incarnent de façon tout à fait prépondérante — et il en va, sur ce point, de la Loi fondamentale comme des lois constitutionnelles comparables — dans les droits fondamentaux (droits de l'homme). A cet égard, l'idée s'est imposée relativement tôt que les droits fondamentaux, en tant que libertés de l'individu destinées à le protéger contre une ingérence de la puissance publique, se prêtent incomparablement mieux à une interprétation juridique prévisible que les dispositions programmatiques ou droits sociaux, qui connaissent une percée depuis la fin de la première guerre mondiale et qui prétendent imposer à l'État des missions de restructuration et de prestation de services (49). Cette manière de voir est une des raisons qui ont conduit Carl Schmitt, Ernst Forsthoff et d'autres, à envisager dans un esprit de rejet ou tout au moins avec un oeil critique la mise en place d'un tribunal constitutionnel, surtout s'il est appelé à juger en se référant à des dispositions constitutionnelles de caractère programmatique ou s'il considère les droits fondamentaux et d'autres dispositions constitutionnelles au sens matériel comme des « jugements de valeur » et les « met en application » dans son activité juridictionnelle. C'est, semble-t-il, sous l'influence d'une idée voisine que Franz Wieacker — partant de prémisses tout à fait différentes — compte le droit constitutionnel parmi les domaines juridiques où les intérêts sociaux et les conflits d'appréciation sont tellement évidents qu'une influence déterminante notable sur la législation pourrait difficilement être reconnue au système et aux notions de la science juridique, des domaines, par conséquent, où les possibilités

(49) V. la typologie pointilleuse faite par U. KARPEN, « Application of the Basic Law », in Chr. STARCK (édit.), *Main Principles of the German Basic Law*, 1983, pp. 55/59 et s.

d'influence de la doctrine et de la pratique juridiques seraient limitées (50). De même, Larenz pense que la mission juridictionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale pourrait la placer dans le cas de rendre des décisions qui ne seraient plus susceptibles d'être motivées au moyen de simples considérants juridiques, mais uniquement désormais par des considérations politiques, à savoir la prise en compte du bien public et plus précisément, la capacité de l'État de droit social à remplir sa fonction. Dans ce domaine, où les méthodes d'interprétation juridique se heurtent à une limite, il faudrait admettre que les idées de base de Kriele relativement à une « argumentation fondée sur la rationalité juridique » sont valables (51).

Jusqu'ici, la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale ne justifie pas l'hypothèse selon laquelle les bases d'une argumentation et d'une motivation juridiques auraient dû être nécessairement abandonnées, de façon générale ou pour certains litiges. Elle fournit, par ailleurs, un matériel d'observation suffisant pour permettre de constater que l'interprétation et l'application de la constitution présentent des particularités de fond et de méthode. La formation du droit par le juge constitutionnel inclut des décisions jurisprudentielles qui complètent la constitution et la font évoluer. Séparables en théorie, les méthodes concernant respectivement l'application proprement dite, le comblement des lacunes juridiques et le véritable développement du droit positif se confondent assez souvent dans la pratique des juridictions constitutionnelles — comme dans la pratique judiciaire en général — au point de ne plus pouvoir être distinguées les unes des autres. Une doctrine, cohérente en elle-même, qui essaie de donner une explication unitaire de l'interprétation et de l'évolution de la constitution est celle de Konrad Hesse sur la « concrétisation » ou la « réalisation » de la constitution (52). Elle repose, pour l'essentiel, sur la doctrine constitutionnelle de Rudolf Smend et son appareil méthodologique provient de l'herméneutique. Selon elle, l'interprétation de la constitution est liée à ses dispositions positives, mais le contenu de la norme interprétée ne se dégage, si elle est ambivalente, que par cette interprétation elle-même (53).

L'objection possible contre la théorie de la « concrétisation » de la constitution porte sur le but visé par cette théorie : à savoir une explication

(50) F. WIEACKER, *Rechtsdogmatik*, p. 316.

(51) K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 348 et s., avec référence à M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967.

(52) K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13^e éd., 1982, p. 16 et s.

(53) Un peu plus de détails sur ce point dans P. BADURA, *Richterliches Prüfungsrecht*, p. 336 et s., du même, « Diskussionsbeitrag », *VVDStRL* 39, 1981, p. 161. P. LERCHES objecte que l'on peut concevoir des myriades de décisions où le tribunal aurait procédé ou serait dans l'obligation de procéder « sans se référer à des critères » donnés : on répondra que l'on peut simplement imaginer, dans la ligne de ce raisonnement, des situations dans lesquelles un critère de référence exprès ou spécial fait défaut. On ne saurait envisager la perspective de l'impossibilité de trouver, dans l'ensemble de la constitution et de ses principes, des critères de référence applicables à un litige constitutionnel de caractère recevable. Dans les procédures spéciales d'émission d'une ordonnance provisoire (§ 3 2 BVerfGG) et de réglementation des modalités d'exécution de la décision (§ 35 BVerfGG), la loi accorde au tribunal un pouvoir discrétionnaire limité par l'objet de la procédure.

moniste de la formation du droit (54), par laquelle la diversité d'aspects et le caractère autonome de la promulgation d'une constitution, de l'option politique du législateur et du rôle juridictionnel du juge pourraient être négligés. Si la constitution est conçue comme l'ordre fondamental de la communauté juridique, ordre embrassant tout, créateur de valeurs et qui serait simplement « concrétisé » ou « réalisé » quant à son contenu — quel que soit le responsable d'une telle concrétisation ou réalisation — si le tribunal constitutionnel doit d'abord déterminer, dans les décisions politiques du législateur elles-mêmes, ce qui n'est pas (encore) « d'un sens absolument clair », en y incluant la « situation concrète » à réglementer, le critère de référence dont dispose le juge est susceptible de prendre une telle extension que le tribunal devient un pouvoir politique. Ce danger de dépassement est favorisé par la doctrine de la découverte « topique » du droit applicable. La validité des normes constitutionnelles, considérées en tant que telles et comme des critères applicables, devrait nécessairement, en cas de succès d'une telle doctrine, sombrer dans la casuistique des problèmes, des « *topoi* » et des qualifications.

Il faudrait, au contraire, maintenir le caractère autonome de la formation du droit par le juge constitutionnel, ce caractère étant fondé sur l'ordre institutionnel et sur la séparation des pouvoirs qui correspondent à l'État constitutionnel. Même un tribunal constitutionnel statuant sur la constitutionnalité des lois demeure dans le domaine de son rôle juridictionnel lorsque son activité est conçue comme le contrôle du législateur, lié exclusivement par le droit constitutionnel, mais agissant dans le cadre de l'exercice de sa libre initiative et de sa liberté en matière d'aménagement des structures politiques.

11. *La Cour constitutionnelle fédérale en tant que Tribunal et « organe constitutionnel ».*

La mission juridictionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de protection de la constitution et de garantie des droits et obligations d'ordre constitutionnel, qui a été mise en évidence ici, trouve son expression, sous une forme condensée, dans le fait que cette Cour est désignée du nom de tribunal et d'« organe constitutionnel » (§1 IBVerffGG). Ce titre conforte l'idée selon laquelle la Cour se situe sur un pied d'égalité avec les autres « organes constitutionnels », notamment les assemblées législatives et le gouvernement fédéral (55). Mais il caractérise aussi la position de la Cour à un autre point de vue, à savoir qu'elle est

(54) Se situent au delà de la position modérée de HESSE, par un extrémisme de principe : F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, 1966 ; du même, *Juristische Methodik*, 2^e éd., 1976 ; P. HABERLE, « Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess - ein Pluralismuskonzept », in du même (édit.), *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 121 ; du même *Verfassungsinterpretation und öffentlicher Prozess*, 1978, p. 121 ; du même, « Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung », *ZSR NF 97/1*, 1978, p. 1 ; du même, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979 ; du même (édit.), *Rezensierte Verfassungswissenschaft*, 1982, p. 15 et s.

(55) « Statusdenkschrift » des BVerfG, *JöR* 6, 1957, p. 144 ; G. LEIBHOLZ, « Der Status des Bundesverfassungsgerichts », in *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, p. 61.

investie — à la différence des autres tribunaux — d'une responsabilité politique propre quant au maintien du statut organique de l'État de droit et de son aptitude à remplir sa fonction (56). La portée que revêtent les interprétations juridiques des jugements de la Cour constitutionnelle fédérale est la conséquence de la considération précédente. Cependant, il ne faut pas déduire de la position de la Cour comme organe constitutionnel qu'elle serait soustraite à toute intégration dans le pouvoir juridictionnel soit de manière absolue, soit en ce qui concerne certains litiges constitutionnels, comme en particulier, la procédure de contrôle des normes (57). Même la décision de la juridiction constitutionnelle sur la validité des lois rentre dans l'activité du juge et dans l'exercice de ses attributions (art. 92, 93 al. 1 n° 2, 100 al. 1 GG). Là où le juge se voit attribuer le droit de vérifier si la loi est bien conforme à la constitution, le caractère social de l'État, qui est devenu un problème juridique, a trouvé sa pierre de touche dans la question de la possibilité de soumettre au contrôle du juge les décisions économiques et politico-sociales du législateur et par là dans la frontière à tracer entre d'un côté la responsabilité du Parlement-législateur et de l'autre celle du juge, défenseur de la constitution.

12. Force de la chose jugée et effet jurisprudentiel des décisions des juridictions constitutionnelles.

Dans la discussion scientifique, de très large portée, concernant l'effet jurisprudentiel des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, se reflètent les controverses qui se manifestent dans la théorie de droit constitutionnel relative à la qualification et à la signification de la juridiction constitutionnelle (58). La pratique de la Cour constitutionnelle fédérale et des autres tribunaux ne s'est pas laissé impressionner par cette querelle.

(56) K. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 348 et s.

(57) Du fait que le BVerfG exerce une fonction juridictionnelle on ne peut tirer argument contre sa qualification d'« organe constitutionnel » et contre la force obligatoire des précédents émanant des juges constitutionnels — force obligatoire dont se réclame le BVerfG en vertu du § 31 Abs 1 BVerfGG (*contra*, K. SCHLAICH, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *VVDStRL* 39, 1981, p. 138 et s., 198 ; du même, *JuS* 1982, 597).

(58) Parmi les études plus spécialisées, on mentionnera : H. G. RUPP, « Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », in *Festschrift für Eduard Kern*, 1968, p. 403 ; H. BROX « Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch des Bundesverfassungsgericht », in *Festschrift für Willi Geiger*, 1974, p. 809. W. HOFFMANN-RIEM, « Beharrung oder Innovation — Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen », *Staat* 13, 1974, p. 335 ; F. MAASSEN, « Probleme der Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts », *NJW* 1975, 1343 ; K. VOGEL, « Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », in *Festschrift für das BVerfGV*, 1976, I, p. 568 ; H. H. KLEIN, « Probleme der Bindung des « einfachen Richters » an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », *NJW* 1977, 697 ; M. SACHS, *Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, 1977 ; K. LANGE, « Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », *JuS* 1978, 1 ; W. SEUFFERT, « Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen », *AöR* 104, 1979, p. 169 ; N. WISCHERMANN, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, 1979 ; K. SCHLAICH, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Gefüge der Staatsfunktionen » *VVDStRL* 39, 1981, p. 99 ; E. KLEIN, « Verfassungsprozessrecht », *AöR* 108, 1983, p. 410, 561.

Selon le point de vue de la pratique juridictionnelle, la force de chose jugée des décisions de la Cour constitutionnelle se réfère et se limite au litige concret, bien qu'elle lie l'ensemble des organes des pouvoirs publics ; en outre, les conceptions juridiques sur le contenu et l'interprétation de la constitution développées dans les motifs fondant la décision ont effet obligatoire pour tous les organes des pouvoirs publics. Pour ce qui est de l'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale à l'égard des parties à la procédure et des tiers, les dispositions générales du droit de la procédure en matière constitutionnelle contiennent une réglementation dans deux directions :

— Les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels de l'État fédéral et des *Länder*, ainsi que tous les tribunaux et autorités (§ 31 al. 1 BVerffGG) ; c'est ce que l'on appelle leur « effet obligatoire ».

— Dans les procédures contentieuses qui conduisent au prononcé d'une décision sur la validité ou sur la nullité d'une norme ou sur la question de savoir si une norme est un élément du droit fédéral, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale a « force de loi » (§ 31 al. 2 BVerffGG).

La disposition relative à la « force de loi » de certaines décisions n'est pas *lex specialis* par rapport à celle relative à l'« effet obligatoire » de toutes les décisions de la Cour. Cela signifie que les décisions, en cas de contrôle des normes et dans les procédures de qualification des normes, ont effet obligatoire et force de loi. Il n'y a pas de disposition relative à la force de chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles. Certains articles relatifs aux procédures dans lesquelles une personne privée est partie au procès en tant que requérant ou défendeur constituent cependant, selon la nature de l'affaire, des réglementations relatives à la force de chose jugée (59). Pour la compréhension de ces dispositions, il faut avoir égard au fait que l'effet obligatoire du § 31, alinéa 1 BVerfGG, à la différence de la force de loi selon le § 31, alinéa 2 BVerfGG, ne s'étend pas aux particuliers.

Selon l'interprétation du § 31, alinéa 1 BVerffGG, confirmée par la Cour constitutionnelle fédérale, il est de règle que la force obligatoire de la décision prononcée s'applique à l'objet du litige et aux conceptions juridiques relatives au contenu et à l'interprétation de la constitution et résultant du dispositif et des motifs servant de base à la décision (60). Il

(59) §§ 41 (*Verwirkung von Grundrechten*), 47 (*Parteiverbot*), 61 (*Richteranklage*), 96 (plainte contre un juge) (*Verfassungsbeschwerde*) (recours constitutionnel).

(60) BVerfGE 8, 122/141 ; 15, 105/111 ; 19, 377/392 ; 20, 56/87 ; 36, 1/36 ; 40, 88/93 et s. ; 42, 258/260 ; 55, 100/110 et s. : BVerwG DVB1. 1983, 81 ; K. LANGE, p. 4 ; E. KLEIN, p. 440 et s. *Contra* : H. BROX, p. 813 et s. (lequel admet seulement une extension des limites subjectives de la force de chose jugée) ; M. KRIELE, *Rechtsgewinnung* ; p. 290 et s. (les décisions ne lient qu'en tant que « précédents ») ; K. VOGEL, *Rechtskraft* (l'effet obligatoire de la force de chose jugée ne vaut que pour la « norme concrète de décision ») ; H. H. KLEIN, p. 700 ; W. SEUFFERT, *Gesetzgebung* (il n'y a là qu'un problème de force de chose jugée) ; N. WISCHERMANN, p. 121 et s. ; K. SCHLAICH, *Verfassungsgerichtsbarkeit* p. 138 et s. : B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 413 et s. (force obligatoire attachée uniquement à la « norme concrète correspondant à la décision » au sens où l'entend Vogel, mais non point envisagée comme un effet de la force de chose jugée).

est prévu en outre que la décision prononcée sur le litige concret, en fonction des particularités de l'espèce et compte tenu de l'état du droit, lie la Cour constitutionnelle fédérale elle-même (61), sans toutefois qu'il y ait effet obligatoire pour cette dernière, des conceptions juridiques susceptibles d'être dissociées du litige concret (62). Enfin, selon l'interprétation de la Cour, toutes ses décisions « acquièrent force de chose jugée » (63). Selon l'opinion de la Cour constitutionnelle fédérale, le § 31 BVerfGG reconnaît effet obligatoire aux décisions de la juridiction constitutionnelle, dans la mesure où la fonction d'« interprète et de gardien authentique de la constitution reconnue à la Cour constitutionnelle fédérale l'exige » (64). A cet égard, la Cour a parfaitement présenté à l'esprit la différence entre la force de chose jugée et l'effet obligatoire des interprétations judiciaires qui débordent le domaine du cas d'espèce (65). Il faut en conclure, quant à l'explication du sens du § 31 alinéa 1 BVerfGG, que cette disposition définit en même temps la force de chose jugée matérielle de la décision prononcée dans le cas concret (66), avec effet à l'égard de tous les organes constitutionnels, autorités et tribunaux et — deuxièmement — la valeur de précédent à caractère obligatoire qu'ont les conceptions juridiques relatives au contenu et à l'interprétation de la constitution, par delà le cas d'espèce, pour tous les organes constitutionnels, autorités et tribunaux précités (67).

La « force de loi » des décisions rendues en matière de contrôle des normes et de celles relatives à la qualification des normes, prévue par le § 31 al. 2 BVerfGG, a entraîné la force obligatoire générale du jugement rendu, donc sa force de chose jugée au sens matériel, avec effet *erga*

(61) BVerfGE 4, 31/38 et s. ; 20, 56/86 et s. ; 33, 199/203 et s. ; 39, 169/181 et s. ; H. G. RUPP, p. 421 et s., 417 et s.

(62) BVerfGE 4, 31/38 ; 20, 56/87 ; H. G. RUPP, p. 421 et s. Si l'une des Chambres veut s'écarter, sur un point de droit, de la conception juridique contenue dans une décision de l'autre chambre, l'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle fédérale statue sur cette question (§ 16 BVerfGG). V. aussi art. 100 Abs 3 GG.

(63) H. G. RUPP, p. 403 et s. ; H. BROX, p. 815 et s. ; H. MAASSEN, p. 1344 et s. ; N. WISCHERMANN, p. 21 et s. ; B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 400 et s. ; E. KLEIN, p. 436 et s.

(64) BVerfGE 40, 88/93.

(65) BVerfGE 4, 31/38 et s. ; 20, 56/88 et s.

(66) Dans les limites où joue la force de chose jugée attachée à un jugement, la demande en vue de l'ouverture d'une procédure ultérieure est irrecevable si l'objet du litige est identique. Lorsque l'objet du litige correspondant à la nouvelle procédure ne coïncide pas avec celui de la procédure antérieure, mais que les effets juridiques contenus dans les conclusions formulées avec force de chose jugée au cours de la première procédure sont susceptibles de préjuger, dans le cours de la procédure ultérieure, de la décision sur un autre point litigieux, le tribunal statuant en second est lié par ces mêmes conclusions et dans l'impossibilité de rendre une décision s'écartant de la question (antérieure) tranchée avec force de chose jugée. La force de chose jugée d'un jugement se limite à l'objet direct de ce jugement, c'est-à-dire aux effets juridiques qui, à la suite d'une demande ou d'une demande reconventionnelle et au terme de débats oraux, forment le dispositif du jugement (BGH, NJW 1983, 2032).

(67) M. SACHS, p. 66 et s. Ce point de vue est manifestement déjà à la base de : BVerfGE 1, 89/90

omnes (68). La terminologie et les concepts adoptés ici reposent sur des conceptions de l'époque de la République de Weimar (69).

13. Formation du droit par la jurisprudence.

a) Organisation de l'économie et libertés économiques.

La portée et l'effet obligatoire des conceptions juridiques dégagées par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence reposent, du point de vue technique, sur le § 31, alinéa 1 BVerfGG. La violation de cet effet obligatoire par un tribunal constitue déjà, en elle-même, une violation de la soumission de la jurisprudence à la loi et au droit, prévue à l'article 20, alinéa 3 GG (70). L'influence éminente de la pratique des juridictions constitutionnelles sur l'ordre judiciaire allemand, principalement sur l'épanouissement en profondeur et la « concrétisation » des droits fondamentaux s'est, à vrai dire, fait jour presque sans que ces juridictions se fussent expressément réclamées d'une telle prérogative. Les controverses très poussées sur les différents cas et groupes de cas se sont heureusement référées, de façon tout à fait prédominante, au caractère acceptable du point de vue matériel et fondé, au regard de la dogmatique juridique, en raison des conceptions juridiques du tribunal en cause et elles n'ont point fait appel à une quelconque discrimination entre les conceptions juridiques « à caractère obligatoire » et « à caractère non obligatoire » ou entre les « principes applicables en matière d'interprétation de la constitution ».

Un domaine typique de formation du droit par la jurisprudence dans le cadre du droit constitutionnel est celui de l'organisation de l'économie et des libertés en matière économique. La Cour constitutionnelle fédérale a adopté très tôt le point de vue selon lequel la Loi fondamentale ne

(68) H. H. KLEIN, p. 698 ; B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 406 ; E. KLEIN, p. 438 et s.

(69) Aux termes de l'art. 13, al. 2 de la Constitution de Weimar, l'autorité compétente en dernier ressort au niveau du Reich ou d'un Land pouvait, dans les conditions fixées par une loi du Reich, solliciter la décision d'un tribunal suprême du Reich, s'il existait des doutes ou des divergences d'opinion quant à la compatibilité d'une disposition du droit des Länder avec le droit du Reich. La loi du Reich portant application de l'article 13 alinéa 2 de la Constitution du Reich (*Reichsgesetz zur Ausführung des Artikels 13 Abs. 2 der Reichsverfassung*) en date du 8 avril 1920 (*RGBl* p. 510) attribuait compétence au Tribunal du Reich pour exercer ce contrôle abstrait des normes dans le cadre des rapports fédéraux et disposait, à son § 3 alinéa 2, que le gouvernement du Reich était tenu de publier la décision, sans la motiver, au Bulletin officiel des lois du Reich (*Reichsgesetzblatt*) ; la loi poursuivait, à son § 3 alinéa 3 « la décision a force de loi ». Sur ce point, G. ANSCHÜTZ, *Kommentar*, 14^e éd., 1933, art. 13, Anm. 5 ; E. R. HUBER, *Verfassungsgeschichte*, IV, 1981, 8, p. 562 et s. ; K. SCHLAICH, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 128. Le projet, présenté par le Ministre de l'Industrie du Reich, d'une loi sur le contrôle de la constitutionnalité des dispositions du droit du Reich n'aboutit pas. *Reichstag*, III^e législature 1924 1924/2 — Drucks. n° 2855, projet présenté à nouveau : *Reichstag* IV^e législature 1928 Druck. n° 382. Les décisions rendues en matière de contrôle des normes par la Cour constitutionnelle (*Staatsgerichtshof*) sur la compatibilité ou l'incompatibilité d'une norme avec la constitution devaient avoir « force de loi ». D'après la motivation du projet, l'expression « avec force de loi » devait signifier que la décision déclarative serait assortie d'un effet pour le cas d'espèce. Cf. P. BADURA, *Richterliches Prüfungsrecht*, p. 133 et s.

(70) BVerfGE 40, 88/94 ; 42, 258/260.

prescrit, ni même ne renferme, dans les faits, aucune politique économique définie. En vertu de sa « neutralité politico-économique », la loi fondamentale s'en remet, pour organiser et aménager la vie économique, au législateur, ce dernier devant, dans les limites qui lui sont imposées par la constitution, décider librement en ce domaine sans avoir pour cela à faire appel à autre chose qu'à sa légitimité démocratique au sens général (71).

En ce qui concerne la question de savoir quelles sont les exigences et les limites que la législation en matière de politique économique peut déduire du droit constitutionnel, une seconde règle d'interprétation de la Cour, que l'on pourrait appeler la « doctrine personnaliste des droits fondamentaux » revêt une portée capitale (72). La thèse, d'origine historique et politico-constitutionnelle, selon laquelle, appliqués aux personnes, les droits fondamentaux sont « avant tout destinés à garantir la sphère de liberté des particuliers contre l'intervention de la puissance publique » a trouvé son prolongement dans le principe, d'interprétation stricte (73), selon lequel le contenu et la forme des droits fondamentaux sont déterminés d'abord d'après la situation et le caractère plus ou moins vulnérable de l'individu, considéré comme personne physique et par référence à la puissance publique et aux divers détenteurs du pouvoir social, l'« essence » des droits fondamentaux étant, d'après ce même principe (art. 19, al. 3 GG) « l'exercice des libertés premières et originelles... le fait d'aménager sa propre vie, son existence selon ses propres projets et de décider soi-même de ce qui vous concerne ». La question de la constitutionnalité des lois relatives à la structure économique est, par voie de conséquence, si on l'envisage sous l'angle des droits fondamentaux, « au premier chef une question de garantie de la liberté du citoyen isolé, liberté que le législateur doit respecter, même dans l'aménagement de l'économie (74). L'accent mis sur la « nature personnelle de la caractéristique principale » qui distingue précisément les libertés économiques, et notamment, par conséquent, la propriété, la liberté du choix de la profession et la liberté d'association, en même temps que l'application de la maxime du « caractère neutre en matière de politique économique » de la Loi fondamentale, donnent à la liberté d'aménagement des structures politiques reconnue au législateur un vaste domaine d'exercice et ne garantit, en particulier, à l'activité des responsables d'entreprises sous forme de la constitution de sociétés de capitaux, qu'une protection graduée.

14. *Formation du droit par la jurisprudence.*

b) La question de la transformation évolutive de la constitution.

La pratique suivie en matière d'organisation de l'économie et en ce qui concerne les libertés économiques n'est qu'un exemple parmi d'autres

(71) Spéc. BVerfGE 4, 7/17 et s. ; 50, 290/336 et s.

(72) Cf. P. BADURA, JZ 1984, 14.

(73) Cette interprétation apparaît « restrictive », si on la considère du point de vue de l'étendue de la protection conférée par les droits fondamentaux, que l'on envisage la possibilité *in abstracto* d'une telle protection ou la mesure dans laquelle on peut l'escompter d'après la teneur des dispositions correspondantes.

(74) BVerfGE 7, 198/204 et s. ; 50, 290/337, 340/347 et s. , 353 et s. ; 61, 82/100 et s.

du fait que l'interprétation de la constitution par la Cour constitutionnelle fédérale en vue de l'application des principes constitutionnels et des « jugements de valeur » constituant l'accessoire des droits fondamentaux marque un moment non négligeable de l'évolution progressive de la constitution dans un sens novateur — comme d'ailleurs l'exige la nature de la tâche propre à la juridiction constitutionnelle (75). La limite entre la formation du droit par la jurisprudence chargée de son interprétation et la « transformation de la constitution » (76) est fluctuante. Il est certes possible de distinguer d'une part l'interprétation de la constitution et sa transformation en tant qu'évolution non écrite de celle-ci et d'autre part sa modification par la loi (art. 79 GG) (77). Néanmoins, dans l'intérêt de la rationalité de la décision sur le cas d'espèce, il demeure logique de faire le départ entre la « modification du sens » d'une disposition constitutionnelle (78) et le cas où cette même disposition embrasse, au départ, un large éventail de significations possibles. Les rééquilibres qui, dans un système fédéral par exemple, s'effectuent dans le cadre d'un ordre constitutionnel conçu au départ comme ouvert et élastique et permettant de répondre à des besoins divers et changeants ne sont, à proprement parler, pas des modifications de la constitution.

On parlera de transformation de la constitution quand une pratique dépendant des changements sociaux ou politiques modifie dans leur contenu les dispositions constitutionnelles, sans que le texte de la disposition en cause soit expressément amendé. La transformation de la constitution est un processus de formation du droit, une évolution du droit suscitée et orientée par la constitution elle-même. Ce processus est, dans sa substance, déterminé par la législation. Il trouve son expression dans la juridiction constitutionnelle en raison de sa mission de vérification, de contrôle et de création de valeurs de référence. Une norme de droit nouvelle et différente n'est pas créée seulement par de nouveaux faits ou de nouvelles idées, car le fondement et la portée normative de la règle modifiée résident dans la constitution elle-même. La fonction de régulation ou de délimitation de la constitution doit précisément s'imposer au fil de la transformation du contexte existant. Cela n'est possible que si les effets juridiques qui en découlent s'adaptent à ce changement. Mais cela met en lumière, en même temps, les limites que fixe le droit constitutionnel à la possibilité d'une transformation de la constitution.

(75) Sur ce point et pour les développements qui suivent : Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz (éd.), *Staatszielbestimmungen — Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission*, 1983, p. 39 et s.

(76) K. HESSE, « Grenzen der Verfassungswandlung », in *Festschrift für Ulrich Scheuner*, 1973, p. 123.

(77) Sur ce point, spéc. B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982.

(78) La Cour constitutionnelle fédérale a, dans deux décisions remontant déjà assez loin, établi le principe selon lequel une disposition constitutionnelle peut « voir sa signification modifiée si, dans les limites de son domaine d'application, des faits nouveaux et non prévisibles à l'avance apparaissent sous un éclairage ou revêtent un sens eux-mêmes nouveaux, du fait de leur imbrication dans le déroulement général d'un processus donné ».

Le phénomène de la transformation de la constitution — considéré ainsi — s'insère dans le contexte général du partage des attributions respectives du législateur et du juge, qui marque la signification de la jurisprudence en droit public. Dans la démocratie parlementaire, le moteur essentiel de l'évolution de la constitution est le Parlement-législateur. La juridiction constitutionnelle a pour fonction de contrôler, de corriger ou de confirmer le droit. Elle épure et met en forme les phénomènes de formation du droit qui résultent du jeu des mécanismes politiques.